

A. I. N° - 210432.0054/03-9
AUTUADO - LEANDRO COSTA DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA.
AUTUANTE - LUCIANO SILVA MORAES
ORIGEM - INFRAZ ITABUNA
INTERNET - 17.11.03

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0443/01-03

EMENTA: ICMS. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Excluídas parcelas indevidamente lançadas. Rejeitadas as preliminares suscitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/8/03, acusa “Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas” (*sic*). ICMS lançado: R\$ 28.054,47. Multa: 70%.

O autuado apresentou defesa protestando em preliminar que o Auto de Infração foi lavrado fora do seu estabelecimento. Fundamenta a reclamação no Decreto (federal) n° 70.235/72. Uma segunda preliminar refere-se à inexistência de intimações para esclarecimentos.

Quanto ao mérito, o autuado argumenta que a autuação não procede em relação às Notas Fiscais 117656, 034, 851, 126791, 041, 226902, 11591, 70749, 70809 e 70810. Pede que o Auto de Infração seja declarado improcedente.

O fiscal designado para prestar a informação concorda em parte com a defesa, porém sugere que se mantenha o débito da Nota Fiscal 226902, uma vez que o autuado alegou ter feito o pagamento do imposto antecipadamente mas não provou, e que se converta a exigência fiscal relativamente às Notas Fiscais 11591 e 70749 em lançamento a título de diferença de alíquotas.

VOTO

As preliminares suscitadas pela defesa são descabidas. Nos termos do § 1º do RPAF, o Auto de Infração é lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração. O fiscal pode, antes de lavrar o Auto de Infração, intimar o contribuinte no sentido de prestar algum esclarecimento, mas não precisa fazê-lo, necessariamente. Quanto à legislação federal mencionada pela defesa, cumpre observar que o processo administrativo no âmbito dos Estados é regulado por normas próprias, haja vista que as

pessoas jurídicas de direito público interno gozam de autonomia em matéria tributária, inclusive no âmbito procedural. As normas aplicáveis neste caso são as do Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB) e, no plano infralegal, as do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Quanto ao mérito, noto que o Auto de Infração acusa “Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas” (*sic*).

O Auto de Infração, depois que passou a ser lavrado com base no sistema informatizado desta Secretaria, tem apresentado vantagens qualitativas inegáveis, a par de pequenas desvantagens. As desvantagens podem – ou poderiam – ser suprida pelo fiscal autuante.

No presente caso, a acusação é feita pura e simplesmente nestes termos: “Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas”.

A descrição do fato, feita dessa forma, sem nenhum esclarecimento, impede o sujeito passivo de saber do que está sendo acusado, por não ficar clara a efetiva caracterização do fato jurídico gerador do tributo.

Precisa, antes de mais nada, ser dito que não se cobra imposto da saída de uma mercadoria pelo simples fato de o contribuinte ter deixado de registrar a sua entrada. Quando o sujeito passivo deixa de registrar entradas de mercadorias, cobra-se o imposto é com fundamento no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96 (art. 2º, § 3º, IV, do RICMS/97), que autoriza a presunção de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as compras, efetuou os respectivos pagamentos com recursos decorrentes de operações de vendas anteriores também não contabilizadas.

Essas impropriedades na descrição dos fatos precisam ser evitadas. O art. 39, III, do RPAF/99 prevê que a descrição dos fatos no Auto de Infração deve ser feita de forma clara, objetiva, precisa. Esse requisito não se destina apenas à compreensão dos fatos por parte dos membros deste Conselho, que, por serem técnicos, terminam de algum modo identificando a razão do procedimento, mas sim para o autuado, que nem sempre é um técnico em tributação, e não tem obrigação de ser, de modo que ele possa inteirar-se da imputação que lhe é atribuída. O contribuinte precisa saber exatamente do que está sendo acusado, para poder defender-se de forma adequada, se quiser.

Neste caso, além da descrição imprópria do fato, o fiscal autuante incorreu em dois vícios procedimentais que poderiam implicar cerceamento de defesa: a) não elaborou nenhum demonstrativo em que fossem especificadas objetivamente quais as Notas Fiscais que compõem a base tributável em cada período mensal, com indicação dos respectivos emitentes, valores, etc.; b) as Notas Fiscais somente foram anexadas ao processo após o registro do Auto de Infração, ou seja, após o “saneamento” do Auto; c) não consta que tivessem sido fornecidas cópias dos documentos ao sujeito passivo.

Em situações assim, compete ao órgão julgador adotar providências no sentido de coibir o vício do procedimento, quer anulando o Auto de Infração, quer determinando a reabertura do prazo de defesa, após os esclarecimentos devidos.

Porém, neste caso, apesar da forma como foi conduzida a ação fiscal, o autuado, ao defender-se, demonstrou estar ciente das particularidades da autuação, tendo conseguido identificar cada Nota Fiscal, fazendo vinculação das mesmas com os tópicos correspondentes do Auto de Infração. Diante disso, a esta altura, considero desnecessária qualquer medida saneadora, em face dos elementos aduzidos pela defesa e aceitos em parte pelo fiscal que prestou a informação.

A defesa observa que algumas Notas Fiscais tiveram o imposto pago por antecipação, pelo regime de substituição tributária, e outras não foram anexadas aos autos. Além disso, existem Notas Fiscais relativas a bens do ativo imobilizado, adquiridos mediante consórcio, não tendo ainda sido transferido o direito de propriedade.

O fiscal que prestou a informação concordou com a defesa, de modo que remanesceriam apenas os valores relativos aos documentos em relação aos quais não foi feita prova do pagamento do imposto por antecipação. Além disso, propôs o fiscal informante que se converta a exigência fiscal relativamente às Notas Fiscais 11591, da DaimlerChrysler do Brasil Ltda., e 70749, da Facchini S.A., em lançamento a título de diferença de alíquotas, e que sejam excluídas as Notas Fiscais de simples remessa de bens do ativo imobilizado enviados para montagem com suspensão da incidência do imposto.

Concordo apenas em parte com a sugestão do fiscal informante. A tese da defesa de que devam ser excluídas as parcelas relativas às Notas Fiscais cujo imposto foi antecipado não tem fundamento legal porque não está sendo cobrado, nestes autos, o imposto das mercadorias relativas às Notas Fiscais não escrituradas. A falta de escrituração de compras não constitui, por si só, fato jurídico tributável pelo ICMS. Conforme salientei inicialmente, o tributo está sendo lançado neste caso com fundamento na presunção legal de que, quando o sujeito passivo deixa de registrar entradas de mercadorias, fica patente que ele, ao deixar de contabilizar as compras, efetuou os respectivos pagamentos com recursos decorrentes de operações de vendas anteriores também não contabilizadas. Essa presunção é autorizada pelo art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96 (art. 2º, § 3º, IV, do RICMS/97). Desse modo, o fato de o imposto devido por substituição tributária relativamente às operações subsequentes ter sido pago não inviabiliza o lançamento do imposto relativo às operações anteriormente realizadas pelo contribuinte, com cujas receitas foram pagas as compras que deixou de contabilizar. É o imposto relativo a essas operações pretéritas que está sendo cobrado, e não o imposto relativo às operações subsequentes, que foram objeto de antecipação (substituição tributária).

Concordo com o fiscal informante que se devam excluir do lançamento os valores relativos às Notas Fiscais que o autuante não anexou aos autos.

Concordo, também, com a exclusão das Notas Fiscais de emissão do próprio autuado, relativas a vendas em veículos.

Também concordo que sejam excluídas as Notas Fiscais de simples remessa de bens do ativo imobilizado enviados para montagem com suspensão da incidência do imposto.

No entanto, oponho-me à sugestão do fiscal informante no sentido de que se converta a exigência fiscal relativamente às Notas Fiscais 11591, da DaimlerChrysler do Brasil Ltda., e 70749, da Facchini S.A., em lançamento a título de diferença de alíquotas, haja vista não ser possível o órgão julgador mudar o fulcro da imputação. Se o Auto de Infração foi lavrado para cobrar imposto com fundamento em presunção de omissão de saídas, não pode o órgão julgador mudar a natureza da acusação para falta de pagamento de diferença de alíquotas.

Com arrimo no art. 18, II e IV, “a”, do RPAF, é nulo o lançamento no tocante às Notas Fiscais 11591, da DaimlerChrysler do Brasil Ltda., e 70749, da Facchini S.A., devendo a repartição verificar se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento fiscal. É evidente que, se o contribuinte, antes do início de nova ação fiscal, sanar alguma irregularidade porventura existente, exime-se de sanções.

Faço a seguir a indicação dos elementos do débito remanescente, com base na informação fiscal, para que seja refeito o Demonstrativo do Débito:

DATA	NOTAS FISCAIS	B. CÁLCULO	ICMS	SOMA
31/01/02	NF 117656 da Ilpisa	R\$ 1.110,44	R\$ 188,77	R\$ 188,77
	NF 0034, emitida pelo próprio autuado para venda em veículo	-	-	
28/02/02	NF 851 de Itinga da Serra	R\$ 1.115,70	R\$ 189,67	R\$ 189,67
31/03/02	NF 126791 da Ilpisa	R\$ 2.140,05	R\$ 363,81	R\$ 363,81
	NF 0041, emitida pelo próprio autuado para venda em veículo	-	-	
30/04/02	Documento não anexado aos autos	-	-	-
31/05/02	Documento não anexado aos autos	-	-	-
30/06/02	NF 226902 da Sasse	R\$ 2.061,49	R\$ 350,45	R\$ 350,45
	Documento não anexado aos autos	-	-	
31/01/03	NF 11591 da DaimlerChrysler: seria devida diferença de alíquotas, e não imposto por omissão de saídas	-	-	-
31/03/03	NF 70749 da Facchini: seria devida diferença de alíquotas, e não imposto por omissão de saídas	-	-	-
	NF 70809 e 70810 da Facchini: remessas para montagem ou conserto, com suspensão do imposto	-	-	-
				TOTAL R\$ 1.092,70

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 210432.0054/03-9, lavrado contra **LEANDRO COSTA DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA.**, devendo o autuado ser intimado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 1.092,70, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de novembro de 2003.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS – JULGADORA